

A legitimação para agir nas ações coletivas – um panorama comparativo das legislações espanhola e brasileira

Wilson de Souza Malcher

Advogado da Caixa no Distrito Federal

*Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto*

Brasileiro de Direito Processual

MBA em Direito Econômico e das Empresas pela

Fundação Getúlio Vargas/DF

*Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra–Portugal*

*Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Salamanca-Espanha*

RESUMO

O Brasil destaca-se, nos sistemas de *civil law*, no trato jurídico da tutela dos interesses supra-individuais. Assiste-se, desde a metade do século passado, a uma gradativa abertura do acesso à justiça para certos interesses de natureza constitucional. A Espanha, por sua vez, iniciou a discussão sobre o assunto no final dos anos setenta, porém, somente nos anos noventa é que os manuais começam a refletir os estudos e as pesquisas desenvolvidas pelos doutrinadores do país. O fenômeno da legitimidade das partes, pelo menos no direito positivo brasileiro, em sua processualística clássica, traduz a titularidade da relação jurídica deduzida em juízo. Está, portanto, apartado da moderna interpretação doutrinária abraçada pelo ordenamento espanhol, a partir da Constituição de 1978. As similitudes e as distinções relativas à legitimação para agir na tutela dos interesses supra-individuais constituem objeto de análise do presente estudo.

Palavras-chave: Legitimação. Legitimação processual. Legitimação coletiva. Tutela coletiva.

RESUMEN

El Brasil, en los sistemas de *civil law*, es distinguido en el tracto jurídico de la tutela de los intereses supraindividuales. Se presencia, desde la mitad del último siglo una apertura gradual del acceso a la justicia para ciertos intereses de naturaleza colectiva. En España, al final de los años setenta, se empezaba a tratar del tema, no obstante, es en los años noventa que los manuales empiezan a reflejar los estudios y las investigaciones desarrolladas por los doctrinadores del país. El fenómeno de la legitimación de partes, al menos en el derecho positivo brasileño, en su procesalística clásica, traduce la titularidad

de la relación jurídica deducida en juicio. Está, por tanto, separado de la moderna interpretación doctrinal aceptada por el ordenamiento español, a partir de la Constitución de 1978. Los similitudes y las distinciones relativos a la legitimación para la tutela de los intereses supraindividuales constituyen objeto del análisis del actual estudio.

Palabras-llave: Legitimación. Legitimación procesal. Legitimación colectiva. Tutela colectiva.

Introdução

Este trabalho tem por objetivo realizar uma reflexão acerca de um tema muito debatido e ainda muito polêmico nos dias atuais: *a legitimação ativa para a tutela dos interesses e direitos supra-individuais*. É lógico que, ante a singeleza de nosso estudo, não pretendemos eliminar divergências e tampouco revelar soluções inovadoras. Pretendemos, tão-somente, contribuir com a discussão sobre a matéria, a partir de uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol.

O Brasil pode se orgulhar de possuir uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de interesses supra-individuais; no entanto, ao traçarmos um paralelo, a Espanha possui uma das mais recentes normas processuais: a "*Ley de Enjuiciamiento Civil*" (a partir de agora, simplesmente, LEC 1/2000). Existe, é verdade, um ponto em comum: *ambos os sistemas normativos não adotaram o fenômeno da legitimação individual nas chamadas ações coletivas*. Esses e outros aspectos da legitimação para agir para a tutela dos interesses e direitos supra-individuais constituem objeto de estudo deste trabalho.

1 A Legitimação processual

De início, faz-se necessário atentarmos ao fenômeno jurídico que no direito moderno se quer identificar com a palavra "legitimação". Afinal, ao longo da história do Direito, esse fenômeno vem sofrendo alterações e evoluções interpretativas, sem contar que, ainda nos tempos atuais, constitui, em alguns casos, fonte de incertezas, razão pela qual tem merecido a atenção dos doutrinadores, inclusive como tema de vários trabalhos monográficos.

Numa breve perspectiva histórica, iniciamos por dizer que, no Direito antigo, a palavra "legitimação" fazia referência a três aspectos:¹

a) *legitimatío personae*, como reunião dos requisitos de capacidade, isto é, as qualidades necessárias para comparecer em juízo;

¹ Utilizamos, neste estudo, a descrição apresentada por MONTERO AROCA, Juan. **La legitimación en el proceso civil. Estudios de derecho procesal**. Madrid: Civitas, 1994, p. 29-30. Acepções distantes da atual doutrina moderna acerca do instituto da legitimação, que não se confunde com a capacidade nem mesmo com a representação.

b) *legitimatio ad processum*, em referência à representação legal e necessária;

c) *legitimatio ad causam*, em referência única ao caso de sucessão no direito reclamado.

Na doutrina espanhola, segundo estudos de Montero Aroca,² o primeiro a delinear o tema foi Beceña, sob o título “capacidad para actuar procesalmente un derecho concreto”, seguido de Enciso, autor do primeiro estudo monográfico dedicado ao assunto (*Acción y personalidad*), denominando-a: “*faculdade de disposição processual*”, para atingir as chamadas “partes no processo”. Vindo o estudo da legitimação a se desenvolver, principalmente, a partir da contribuição de renomados doutrinadores de escol, apenas para citar alguns nomes, como Prieto-Castro, Guasp e Gómez Orbaneja.

Merece destaque, nesse particular, a anotação de Gutiérrez de Cabiedes, utilizando-se de palavras de Montero Aroca, sobre a LEC de 1881 - que em momento algum fez menção ao termo “legitimação” - no sentido de que tal conceito era desconhecido ao tempo da redação da citada norma; o que, *data vênia*, constitui verdadeiro assombro. No entanto, tal afirmativa serve para explicar porque a doutrina espanhola viu-se obrigada a forçar a letra da Lei, ao sustentar que a legitimação era um dos elementos integrantes do conceito complexo de “personalidade”.³

A ausência do termo “legitimação” é ainda notada nos dias atuais, haja vista que a LEC 1/2000, ao tratar da legitimação individual no art. 10, denomina-a de “*Condición de parte processual legítima*”, ao estabelecer que “*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”. O termo “legitimação” é utilizado quando passa a tratar da legitimação para a defesa de direitos e interesses de consumidores e usuários, no artigo seguinte.

Em todo o caso, é importante ressaltar o avanço interpretativo do fenômeno jurídico da legitimação no novo ordenamento jurídico processual espanhol, posto que a nova LEC traduz um conceito moderno de “*parte*”; um conceito estritamente processual, distinto do conceito de direito material. Veja-se: *a parte que pede, em nome próprio, pode não ser titular do direito que deduz no processo*.

De fato, a legitimação não deve e não pode ser confundida com a titularidade do direito material. Muito corretamente, a LEC, no art. 10, considera parte legítima quem comparece e atua como titular da relação jurídica ou objeto litigioso, ainda que excepcionalmente a lei possa atribuir legitimação a pessoa distinta do titular do direito, a chamada

² MONTERO AROCA, J. 1994, p.30-1

³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; HIDALGO DE CAVIEDES. **La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales**: colectivos y difusos. Navarra: Aranzí Editorial, 1999, p.144. Segundo a doutrina e a jurisprudência a palavra “carácter” utilizada nos artigos 503, 2º e 533, 2ª e 4ª, faziam referência à legitimação.

substituição processual, conforme denominação de Chiovenda, ou *legitimação extraordinária*, como também é conhecida no Brasil, conforme expressa no art. 6º, do Código de Processo Civil.

Esse conceito moderno de legislação ainda não se faz sentir no ordenamento brasileiro, por considerar a legitimidade das partes - por inspiração de Liebman - uma das "*condições da ação*".⁴ Ou, no dizer da sistemática processual espanhola, ao tempo da LEC de 1881, um dos *presupuestos procesuales*, requisito necessário para que o autor, ao tempo de sua vigência, obtivesse uma resolução de fundo.⁵

Assim é que, no direito positivo brasileiro, a legitimidade das partes, definida por Alfredo Buzaid⁶ como a "pertinência subjetiva da ação", traduz a titularidade da relação jurídica deduzida pelo demandante no processo. Deste modo, o autor está legitimado a agir em relação ao objeto da demanda quando é titular da relação jurídica, razão pela qual se fala, nesta hipótese, em *legitimação ordinária*.

Está, portanto, o direito processual brasileiro apartado da moderna e atualizada interpretação doutrinária acerca do fenômeno da "legitimação

⁴ Segundo o Código de Processo Civil brasileiro, o processo será extinto sem resolução de mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação: possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual, a teor do inciso VI, do art. 267, do referido diploma legal, embora LIEBMAN, em edição atualizada do *Manuale di diritto processuale civile*, não mais enumere a "possibilidade jurídica do pedido" como condição da ação. Registre-se, por oportuno, que prevalece na doutrina brasileira, embora haja posições divergentes, a *teoría da asserção*, pela qual as condições de ação devem ser verificadas em abstrato, presumindo-se que aquilo que consta da petição inicial é verdadeiro. O que ficar provado depois, ao longo do processo e durante a instrução, é matéria de mérito. O juiz ao reconhecer que faltam uma ou mais condições da ação, declarará que a parte é carecedora de ação e extinguirá o processo, sem apreciação do mérito.

⁵ Ao tratar da "*legitimação ordinária*", diante do *principio da oportunidade*, ainda sob a égide da LEC de 1881, MONTERO AROCA, J. (1994, p.43) lecionava que "En ocasiones la falta de legitimación puede referirse a que ha formulado la pretensión persona distinta de aquella a la que la ley le concede privativamente la facultad de impetrar la actuación del derecho objetivo en un caso concreto, pero también habrá de considerarse que no existe legitimación cuando el actor o no afirma como próprio el derecho o no imputa la abigación al demandado". A par da exigência dos requisitos ou pressupostos processuais de que se fala, o autor já afirmava que "aparte de ser razonable y proporcionada, deberá interpretarse de modo que no suponga una verdadera denegación de justicia", em consonância com a posição adotada pelo TC, que desde muito tempo tem afirmado que "los requisitos y presupuestos procesales no deben interpretarse de modo que restrinjan indebidamente el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo (SSTC 15/1990, de 1 de febrero). Entretanto, a própria jurisprudência da Sala Primeira do Tribunal Supremo, com anterioridade à reforma do recurso de cassação, operada pela Lei 34/1984, já havia reiteradamente declarado que a falta de legitimação não devia ser invocada como motivo de cassação por violação de forma, mas sim como motivo de infração à lei (isto é, como recurso de mérito), afinal a legitimação, na processualística espanhola, não constitui exceção ou pressuposto processual algum que possa condicionar admissibilidade da demanda ou a validade do processo.

⁶ BUZAID, Alfredo. citado por GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1, p.77.

ativa”, por reduzir a apreciação positiva no processo em função de mera afirmação da própria titularidade da situação jurídica deduzida em juízo.⁷

Na Espanha, a partir da Constituição de 1978, a maneira de tratar o tema mudou radicalmente. Assim, onde há um *interesse legítimo*, entendido como “qualquer vantagem ou utilidade jurídica derivada da reparação pretendida”,⁸ deve haver legitimação.

A jurisprudência espanhola, por força do que determina o art. 24.1 da CE, afirma que a legitimação é um requisito que pertence ao mérito da causa, ou seja, não se pode comprovar “*in limine litis*” e não se deve impedir a decisão sobre a tutela pretendida.⁹

Por isso mesmo, já se fala em “transcendência constitucional da legitimação” como chave de acesso à jurisdição, a partir de uma interpretação ampla e extensiva por parte dos juízes e tribunais, de modo a que não ocorra qualquer vulneração ao direito à ação. Destarte, a legitimação não pode ser negada a priori por inexistência de direito ou interesse por parte

⁷ Vide GUTIERREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, Hidalgo de. (1999, 148-151, notas 26 e 39, respectivamente). Sobre ALLORIO, E. (“Diatriba breve sulla legittimazione ad agire” In Problema di Diritto, vol. I), afirma ser um dos primeiros a valorar a idéia de que a legitimidade não se confunde com titularidade, sendo seguido por outros autores, a exemplo de VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**. La legittimazione ad agire. Milano: Dott.A. Giuffré Editore, 1979, p. 281-3, que chegou a assinalar que “la efectiva titularidad de la relación deducida en juicio es cuestión que atañe al mérito y no a la legitimación”.

⁸ CHAMORRO BERNAL, F. (2005, p. 219) *apud* STC 97/1991 de 9 de mayo, FJ 2, BOE 29/5/91, JC XXX, p.40.

⁹ Vide STC 311/2000, da qual destacamos: “Al respecto tenemos dicho que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal.” (...) Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (STC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3; 12/1996, de 20 de enero, FJ 3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio). Finalmente, hemos dicho que el art. 24.1 CE

de quem exerce a ação, sob pena de afetar o direito fundamental à tutela judicial efetiva, em sua vertente de direito de acesso ao processo.¹⁰

De qualquer modo, a legitimação processual, até muito recentemente, e estamos falando de até metade do Século XX, foi pensada para a tutela de interesses individuais, resultando, por conseguinte, insuficiente para assegurar em sua plenitude a tutela dos interesses supra-individuais e, por que não dizer, incapaz de esclarecer a posição de todos aqueles que têm legitimidade para a defesa de tais interesses, objeto de análise e estudo a que estamos nos propondo. Antes, porém, mesmo que em *brevitatis causa*, devemos nos demorar um pouco no estudo da tutela dos interesses coletivos em Espanha e no Brasil.

2 A tutela dos interesses supra-individuais

Com vistas a perpassar as bases de construção dos chamados interesses ou direitos coletivos, iniciamos neste momento uma breve análise da recente história do Direito, partindo do modelo liberal, surgido a partir da ruptura do sistema absolutista feudal, com a consagração dos chamados *direitos fundamentais* ou de *primeira geração*, provenientes do jusnaturalismo (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade), assente no primado do individualismo.

Na seqüência, agora sob influência do chamado Estado-social (*wellfare state*) e dos movimentos operários, deu-se início aos chamados *direitos de segunda geração – os direitos sociais*. Nessa fase, surgem os primeiros textos constitucionais de cunho social: México (1917), Alemanha (1919), Itália (1927), Brasil (1934), etc. Além de outros efeitos como a autonomia do Direito do Trabalho e a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

Para se chegar, finalmente, aos denominados direitos de *terceira geração*, os quais tomam o homem numa dupla projeção: de um lado, na sua integração física com o planeta (meio ambiente no senso naturalístico), e, de outro lado, na sua interação com os semelhantes, podendo falar-se de *direitos de fraternidade ou de comunhão universal*.¹¹ Nesta última fase, encontramos os chamados *interesses coletivos ou supra-individuais*.

impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 de abril, FJ 3, y 210/1992, de 30 de noviembre, FJ 3)." É a representação da negativa de que a legitimação constitua um pressuposto processual, uma condição de admissibilidade do processo (condição da ação no Brasil).

¹⁰ Ver novamente STC 311/2000 (p.217-218) o argumento de que "...es indubidable que una resolución judicial que declara la falta de legitimación de una persona, a pesar de constituir de hecho una cuestión de fondo, le impide acceder a una resolución judicial que ponga fin al conflicto existente y afecta, por tanto, al normal ejercicio del derecho a la tutela", extraído de decisões dos tribunais espanhóis, a saber: STC 37/1983, de 11 de mayo, BOE 20/5/83, JC XXXI, p.47 e 106/1984, de 16 de novembro, FJ 3, BOE 21/12/84, JC X, p.108.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e legitimação para agir**. 4.ed. São Paulo: RT, 1998. p.380.

No Brasil, assiste-se, desde a metade do século passado, a uma gradativa abertura do acesso à justiça para certos interesses de natureza coletiva, embora existentes em termos setoriais ou corporativos, por exemplo, a Lei nº. 1.134, de 14.06.1950, já conferira legitimação ativa às associações de servidores públicos; a Lei nº. 4.215/63, em seu art. 1º e parágrafo único, dava análogo poder de agir à Ordem dos Advogados do Brasil para defender os interesses de seus aderentes (hoje, art. 44 e incisos da Lei nº. 8.906/94).¹²

Em se tratando de tutela dos interesses supra-individuais de natureza indivisível, o Brasil, nos sistemas de *civil law*, ocupa posição de destaque. Antes de tudo, pela reforma da Lei da Ação Popular (1977); em seguida, em face da lei específica de 1985 sobre a denominada “ação civil pública”; posteriormente, por ter elevado a nível constitucional a proteção dos referidos interesses (1988); e, finalmente, em 1990, pela introdução do Código de Defesa do Consumidor.¹³

Na Espanha, também no final dos anos setenta, já se começava a tratar do tema, porém é nos anos noventa que os manuais começam a refletir os estudos e as pesquisas desenvolvidas pelos doutrinadores nacionais, na área civil,¹⁴ desde a década anterior. E os Tribunais, embora de forma ainda tímida, passaram a julgar e decidir.¹⁵

¹² *Idem*, p.379.

¹³ De forma inovadora, o CDC, no art. 81, ao adotar a classificação tripartida, define e distingue os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, da seguinte forma: - *os interesses ou direitos difusos* são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"; - *os interesses ou direitos coletivos* "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base"; e, *os interesses ou direitos individuais homogêneos* "os decorrentes de origem comum". Essa classificação é repetida no anteprojeto do *Código Brasileiro de Processos Coletivos* (art. 3º, incisos I a III), sob a coordenação de GRINOVER, Ada Pellegrini. Para o *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, que adota a classificação dual, da qual somos partidários: *direitos difusos* são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base", enquanto que *direitos individuais homogêneos* constituem "o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe" (artigo 1º, incisos I e II, respectivamente). Note-se que os chamados direitos ou interesses coletivos, tomando por conta a terminologia brasileira, encontram-se subsumidos ao conceito de direitos ou interesses difusos, segundo denota-se do teor do artigo 1º, do Capítulo I, do referido Código Modelo.

¹⁴ Cabe destacar, por outro lado, de acordo com anotações de SILGUERO-ESTAGNAN, Joaquín. Las acciones colectivas de grupo. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. Tomo XV. n. 3. septiembre, 2003, p.615, "a admisión da ação popular, a que aludia a Exposición de Motivos da 'Ley de Enjuiciamiento Criminal', promulgada por Real Decreto de 14 de setembro de 1882, defendendo uma " *acción pública y popular para acusar, en vez de limitarla al ofendido y sus herederos*". Ação pública que se estendeu posteriormente a outras matérias, cabe citar: o art. 16 do Decreto 833/1975, de 6 de fevereiro, sobre proteção do meio ambiente; art. 8.2 da Lei 16/1985, de 25 de junio, sobre o Patrimônio Histórico Nacional, entre outros.

¹⁵ GUTIERREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, Hidalgo de. 1999, p.68.

No que se refere à evolução da legislação espanhola em relação ao tema, a par da previsão constitucional (art. 51.1),¹⁶ podemos distinguir quatro fases: a primeira, quando são estabelecidas as bases para o reconhecimento da legitimação às associações de consumidores e aos grupos para defesa dos interesses coletivos, a partir da edição das leis nº. ° 26/1884, de 19 de julho, Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários (LGDCU, art. 20) e nº. ° 6/1985, de 1º de julho, Lei Orgânica do Poder Judiciário (LOPJ, art. 7.3); a segunda, quando se produz um reforço dos interesses coletivos dos consumidores através da Lei nº. ° 34/1988, de 11 de novembro (art. 25.2), que regula a publicidade; a Lei nº. ° 3/1991, de 10 de janeiro (art. 19.2) Lei de Concorrência Desleal e da Lei nº. ° 7/1998, de 13 de abril (arts. 12, 16 e 17), que regula as condições gerais de contratação; a terceira, quando se acolhe a LEC de 2000, que não obstante não introduza uma regulação de autênticas ações de grupo, regula a tutela de interesses coletivos dos consumidores e usuários (art. 11.2); e, por fim, a quarta fase representada pela Lei nº. ° 39/2002, de 28 de outubro, de transposição ao ordenamento jurídico espanhol de diversas diretivas comunitárias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores e usuários.

Cumpre-nos reconhecer, de imediato, duas omissões no ordenamento jurídico espanhol, como bem adverte Bujosa Vadell:¹⁷

a) a ausência de uma ação específica a ser utilizada na defesa dos interesses coletivos;

b) a inexistência de proteção específica aos demais direitos e interesses de relevância supra-individual, não apenas aqueles ligados aos consumidores e usuários.

O Brasil, ao contrário, possui um sistema diversificado e conta com expressivo número de instrumentos processuais destinados à tutela dos interesses supra-individuais:

a) a *ação popular* (Lei 4.717/65, de 29 de junho), que tem por objetivo “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, segundo nova conformação atribuída pela Constituição brasileira de 1988;

b) a *ação civil pública* (Lei 7.347/85, de 24 de julho - LACP), destinada à proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente, agora contra atos de particulares, além de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;

c) a *ação civil coletiva* (Lei 8.078/90, de 11 de setembro - CDC), criada com o objetivo de permitir a responsabilização pelos danos individu-

¹⁶ Artículo 51.1, CE: " Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos" .

¹⁷ BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 980.

almente sofridos pelos consumidores, não de maneira individual, mas na defesa dos chamados direitos individuais homogêneos;

d) o *mandado de segurança coletivo*, criado pela Constituição de 1988 (inciso LXX, art. 5º), direcionado à defesa dos interesses supra-individuais, declaradamente contra a ocorrência de ato ou omissão ilegais ou abuso de poder de autoridade, desde que se trate de direito líquido e certo.¹⁸

Registre-se que, por mais diversificada e extensa a relação de ações coletivas utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há previsão legal de cabimento de *ação coletiva passiva*.¹⁹ Essa omissão, no entanto, será corrigida em breve através do Código Brasileiro de Processos Coletivos (art. 39), que por inspiração do Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-américa (arts. 35º a 38º) prevê a possibilidade de ajuizamento de *ação coletiva passiva*, ou seja, qualquer espécie de ação em desfavor de uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2, cuja sentença terá qualidade de coisa julgada *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe, desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e se revista de interesse social.²⁰

3 A legitimação coletiva

Uma vez apresentada, ainda que de forma abreviada, a tutela jurisdicional destinada a situações jurídicas supra-individuais na Espanha e no Brasil, é chegado o momento de tratarmos especificamente sobre a *legitimação coletiva*, tema central deste estudo.

Ao observarmos os sistemas jurídicos contemporâneos, tanto do sistema continental (objeto demarcado de estudo) como anglo-saxão,

¹⁸ *Direito líquido e certo*, na irreparável lição de MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 15. ed. Atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p.25-6, "é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".

¹⁹ Embora sem previsão legal, há quem defenda a possibilidade de ajuizamento da ação coletiva passiva no Brasil, como faz anotar DIDIER Jr., Fredie. DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). *In RDDP*, abr 2005, p.52, ao citar GRINOVER, Ada Pellegrini. (p.7-9) e LENZA, Pedro. (p.200).

²⁰ DIDIER Jr., Fredie. (2005, p.52) reproduz dois exemplos que tomou emprestados de DINAMARCO, Pedro. (2001, p.134): 1) "ação declaratória, proposta por empresa, para reconhecer a regularidade ambiental do seu projeto: de um lado, se ganhasse, evitaria futura ação coletiva contra ela, de outro, se perdesse, desistiria de implantar o projeto, economizando dinheiro e não prejudicando o meio ambiente"; 2) "ação declaratória, proposta por empresa que se vale de contrato de adesão, com o objetivo de reconhecer a licitude de suas cláusulas contratuais".

constatamos que, em termos de legitimação coletiva, são adotados, isolada ou de forma combinada, os seguintes modelos:

a) legitimação ao *particular*, enquanto titular individual, ainda que na situação em causa venha fazer valer um direito próprio não exclusivo. Como ocorre, por exemplo, nas ações populares brasileira e portuguesa e nas class actions norte-americanas;

b) legitimação conferida a *grupos sociais* (associações civis, entidades legalmente reconhecidas ou simples grupos de fato);

c) legitimação a *entes políticos* ou a *órgãos públicos*;

d) legitimação ao *Ministério Público (ou Fiscal)*.

Segundo estudos do renomado doutrinador português Teixeira de Sousa, no direito alemão, a primeira consagração do *Verbandslage* surgiu em 1896 no §1º, UWG, que permitia a propositura de uma ação inibitória relativa à violação das regras da concorrência por qualquer industrial ou por qualquer associação de promoção dos interesses industriais. E mantém-se no atual §13º, UWG, bem como no âmbito das cláusulas contratuais gerais, no §13º, AGBG e ainda, no que se refere à proteção do ambiente, no §29 da *Bundesnatursschutzgesetz*.²¹ Nesse país as ações de interesse coletivo são reguladas de forma dispersa por alguns setores específicos.

No direito francês, pode-se afirmar que o exercício das ações coletivas para a defesa dos consumidores é reconhecido desde 1973, a partir da denominada *Ley Royer* (Lei 73-1193, de 27 de dezembro). O art. L. 421-1 do *Code de la consommation* admite que as associações, cujo objeto estatutário seja a defesa dos interesses dos consumidores, possam exercer os direitos reconhecidos pela lei civil. A Lei, em seu lugar, dispõe que aquelas associações de consumidores poderão ajuizar ações que ordenem “ao demandado ou presumível responsável pela infração, sob multa coercitiva, qualquer medida dirigida a fazer cessar os comportamentos ilícitos ou suprimir o tipo de contrato proposto aos consumidores com uma cláusula ilícita” (art. 3).

Posteriormente, a Lei nº. 92-60, de 18 de janeiro de 1992, introduz a chamada “ação de representação conjunta”, para facultar a qualquer associação de consumidores, que represente ao menos a dois consumidores afetados individualmente por prejuízos derivados de um mesmo profissional e com uma origem comum, ajuizar uma ação de reparação, tanto perante a jurisdição ordinária como perante a administrativa.²²

²¹ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos**. Lisboa: Lex, 2003, p.114 citando Strubenhoff, D. (*Klageberechtigung*, p.133) e Balleis, K. (*Klagerechte*, p.222).

²² JIMENO BLUNES, M. **La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario**: el “libro verde” de acceso a la justicia. Revista de estudios europeos. n. 9, enero-abril, 1995, p.18.

Na Espanha, até 1984, como dito acima, não se produziu no ordenamento jurídico-processual o reconhecimento expresso do fenômeno da legitimação coletiva. Somente com a LGDCU é que se estabeleceram as bases para o reconhecimento da legitimação às associações de consumidores e usuários para a defesa dos interesses coletivos.

Assim, o art. 201.1 da LGDCU dispõe que as associações de consumidores e usuários, que se constituam com base na Lei de Associações, tendo como finalidade a defesa dos interesses de consumidores e usuários, bem como, em caráter geral, o respeito a determinados bens, produtos ou serviços, poderão representar a seus associados e exercer as ações em defesa dos mesmos, da própria associação, ou dos interesses gerais de consumidores e usuários.²³

Mais adiante, a LOPJ/1985 (art. 7.3), de igual modo, reconhece “a legitimação das corporações, associações e grupos que resultem afetados ou que estejam legalmente habilitados para sua defesa e promoção”.²⁴ Para, finalmente, a nova legislação processual civil – LEC/2000 (art. 11) estatuir a “*Legitimação para a defesa de direitos e interesses de consumidores e usuários*”.

Em realidade, o citado art. 11 LEC contempla algumas hipóteses de legitimação coletiva:²⁵

a) a legitimação das *associações de consumidores e usuários*. Para a defesa em juízo dos direitos e interesses de seus associados, os da associação mesma e os interesses gerais dos consumidores. Aqui, trata o art. 11 LEC (incisos 1 e 3), da legitimação para a defesa dos dois tipos de interesses ou direitos de natureza coletiva: 1) os essencialmente coletivos, que são os “*difusos*” e os “*coletivos*” propriamente ditos;²⁶ 2) os de

²³ Em verdade, o art. 16 do mesmo diploma normativo, reconhece idênticas faculdades às Cooperativas de Consumidores.

²⁴ Um pouco mais tarde, já no campo da jurisdição contencioso-administrativa, foi editada a Lei 29/1998, de 13 de julho, reconhecendo a legitimação e a capacidade processual às corporações, associações e grupos de afetados “legalmente habilitados”, recorda JIMENO BULNES, M., 2000, p.537). Como é cediço, inexistente no ambiente jurídico brasileiro a dualidade de justiça ordinária e contencioso-administrativa, sendo a jurisdição *unitária* e de caráter nacional.

²⁵ A LEC não deixa de reconhecer a *legitimação individual* dos consumidores e usuários prejudicados, não poderia ser diferente, ante o direito de ação consagrado a todas as pessoas de obter a tutela judicial efetiva (art. 24.1, CE). A questão, contudo, é como, na prática, compatibilizar a ocorrência de processos individuais e coletivos, afinal não existe uma regulação clara sobre o tema. Bem a propósito, o Prof. BUJOSA VADELL ao comentar acerca da acumulação de processos, qualifica de “poco tendente a la claridad y una redacción farragosa” o conteúdo do art. 78,4 LEC, que vem a estabelecer “...un régimen específico para la acumulación de procesos en que se ventilen derechos o intereses de los consumidores y usuarios y estén promovidos tanto por consumidores, como por entidades o grupos legitimados o, incluso, por consumidores o usuarios individualmente determinados (20011, p.50-1). Em todo caso, temos que se encontra mantida a finalidade da acumulação de processos, (art. 74 LEC), qual seja: um só procedimento e uma só sentença.

²⁶ De acordo com as definições do CDC, art. 81, parágrafo único, incisos I e II, respectivamente.

natureza coletiva unicamente na forma em que são tutelados, os chamados " *individuais homogêneos*". Sem esquecer a legitimação própria e ordinária, de qualquer pessoa jurídica, ao defender os direitos e interesses da associação;

b) a legitimação das *entidades legalmente constituídas*, de acordo com a redação do art. 11.2, quando os prejudicados por um fato danoso, grupo de consumidores ou usuários, estão perfeitamente determinados ou são facilmente determináveis. Correspondendo, portanto, à tutela dos direitos " *coletivos*" propriamente ditos;²⁷

c) a legitimação dos *grupos de afetados* (art. 11. 2, parte final). Aqui também para a defesa de grupos cujos membros são determinados ou facilmente determináveis;²⁸

d) A legitimação do *Ministério Fiscal* (art. 11.4). Para o exercício da ação de cessação para a defesa dos interesses difusos e coletivos dos consumidores e usuários;

e) a legitimação das *entidades habilitadas* conforme a normativa comunitária europeia para o exercício da ação de cessação em defesa dos interesses coletivos e difusos dos consumidores e usuários (art. 11.4 y 6.1.8°).

Assim, temos que, na Espanha, conforme o art. 11 LEC, as opções adotadas pelo legislador estão concentradas nas hipóteses " *b*" (*grupos sociais*) e " *d*" (*Ministério Fiscal*). É possível dizer, em síntese, que, por força de uma regulação excessivamente restritiva, a legitimação para o exercício das ações coletivas está concentrada basicamente nas associações de consumidores e usuários, para a defesa de: direitos e interesses de seus associados;

a) os direitos gerais dos consumidores e usuários e interesses de grupos cujos membros são indeterminados ou de difícil determinação (direitos *difusos*, portanto);

b) os interesses de grupos cujos componentes estão perfeitamente determinados ou sejam facilmente determináveis (direitos *coletivos*);

No ordenamento brasileiro, no entanto, por conta de um sistema diversificado, como dito anteriormente, a legitimação processual para a defesa de direitos e interesses supra-individuais está contemplada em diversos diplomas legais.²⁹

²⁷ Recorda SILGUERO ESTAGNAN, J. (2003, p.624), que neste caso "debemos entender incluídas las entidades legalmente habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva en virtud de la lista publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas a tal efecto", como prova da capacidade da entidade habilitada.

²⁸ Em virtude da Disposição Adicional 3ª da LGDCU, conforme assinala SILGUERO ESTAGNAN, J. (2003, p.624), se estende igualmente ao exercício da ação coletiva de cessação.

²⁹ Leis de regência:

1. Lei nº. 4.717/65 (*ação popular*), art. 1º: " *Qualquer cidadão* será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ...). Constituição Federal/1988, art. 5º, LXXIII. " *qualquer cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural..." (*grifos nossos*).

O processo revolucionário da legislação brasileira, tanto constitucional como infraconstitucional, na busca da adequação do ordenamento jurídico aos conflitos supra-individuais, buscou inspiração no direito comparado, adaptando as soluções alienígenas à realidade brasileira. Sendo necessário redimensionar certos princípios clássicos, que a processualística tinha como verdadeiros dogmas, principalmente, os princípios retores da legitimação e da coisa julgada.

Como já tivemos oportunidade de mencionar, a legislação brasileira em sua processualística clássica adota a coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação. E, somente por intermédio de arrojadas construções doutrinárias e jurisprudenciais, pioneiras e corajosas, pode-se avançar para a legitimação coletiva.

O primeiro passo foi dado pela Lei de Ação Civil Pública, de 1985, que conferiu legitimidade ativa ao Ministério Público, a outros entes públicos (União, Estados e Municípios) e às associações que atendam aos requisitos da lei (constituição há pelo menos um ano e previsão entre seus fins institucionais de defesa dos bens e direitos protegidos pela referida lei). Em seguida, a Constituição de 1988, ao ampliar o arsenal de ações coletivas, atribuiu legitimidade ativa aos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo.

Mantendo-se o mesmo esquema, a legitimação para agir foi ampliada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90, art. 82, I a IV), que acrescentou a legitimação de entes públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pela lei em espécie. Assim também, as associa-

2. Lei nº. 7.347/85 (*ação civil pública*), art. 5º. "A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (*com redação determinada pela Lei nº. 8.884/94, de 11 de junho*). § 1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei".

3. Lei 8.078/90 (*ação civil coletiva*), art. 82. "Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgão da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensado autorização assemblear".

4. Constituição Federal/1988 (*mandado de segurança coletivo*), art. 5º, LXX. "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

ções passaram a ter legitimação ativa pela só autorização estatutária decorrente de seus fins institucionais (inciso IV, do artigo mencionado).

Preferiu o legislador brasileiro, de igual modo, atribuir a legitimação coletiva a certos grupos sociais e a órgãos estatais ou pessoas jurídicas de direito público. A única exceção é a legitimação ativa individual para a propositura da ação popular, atribuída a qualquer cidadão, seja brasileiro nato ou naturalizado, e ainda a português equiparado, no gozo de seus direitos políticos.

A legitimação individual encontra-se limitada à busca da tutela dos interesses e direitos a título individual, como amparado pelo Código de Processo Civil. A propósito, Kazuo Watanabe, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, ao expor as razões para a exclusão da legitimidade individual, assim assinalou:

Ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo.³⁰

Ressalte-se que o amadurecimento do processo democrático e a necessidade de consolidação do princípio constitucional de acesso à justiça levaram o legislador brasileiro a introduzir no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos a *previsão de legitimidade ativa a qualquer pessoa para o ajuizamento da ação civil pública para a defesa dos interesses ou direitos difusos (art. 21, I)*; persistindo a posição de que qualquer dos entes legitimados a ajuizar a ação, de forma separada e independentemente da atitude dos demais, por se tratar de hipótese de *legitimação concorrente e disjuntiva*.³¹ Existindo, é claro, a possibilidade de formação de um litisconsórcio ativo facultativo, para a propositura de uma demanda coletiva. Igual critério foi adotado no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, ou seja, legitimação concorrente e autônoma, admitindo-se o litisconsórcio dos co-legitimados (art. 3º, incisos I a VIII e parágrafo 2º).

³⁰ WATANABE, Kasuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995, p.512-3.

³¹ Na lição de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**. Temas de Direito Processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p.117-8, A legitimação ativa *ad causam* é concorrente porque vários são os entes legitimados para a propositura da demanda, e é disjuntiva, porque qualquer um destes entes pode ajuizar a ação civil pública, sem a necessidade de haver o consentimento dos demais.

3.1 O papel do Ministério Público

É notória a hegemonia do Ministério Público³² na propositura das chamadas “ações civis públicas”.³³ Barbosa Moreira considera que houve uma autêntica revitalização institucional,³⁴ provocada pela Lei da Ação Civil Pública e confirmada pela Constituição Federal de 1988, passando a constituir o exercício da tutela coletiva a face mais visível do Ministério Público.

Há, contudo, posicionamentos contrários à legitimação do Ministério Público em matéria de direitos supra-individuais, nomeadamente de doutrinadores italianos, a exemplo de Mauro Cappelletti³⁵ e Vincenzo Vigoriti,³⁶ em razão, é claro, do perfil da instituição no país natal.

Em todo caso, quando o Ministério Público não ajuizar a ação, deverá obrigatoriamente atuar na condição de fiscal da lei (art. 5º, § 1º da

³² O Ministério Público - MP, no Brasil, é uma instituição pública, funcionalmente independente de qualquer dos três poderes, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo como atribuição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição Federal, art. 127). O papel do MP, além de guardião da lei, abrange também a guarda e a promoção da democracia, da cidadania e da justiça, da moralidade, além da defesa dos interesses da sociedade de uma maneira em geral, por isso mesmo, é tido como a “voz da sociedade na Justiça.” (fonte: www.pgr.mpf.gov.br). O Ministério Público, segundo o art. 128 da CF, considerando a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, abrange: O Ministério Público da União (compreendendo, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios), e os Ministérios Públicos dos Estados.

³³ Esta é a realidade atualmente reinante no Brasil, infelizmente os órgãos de classe e as associações civis, muito provavelmente pela atuação ativa do Ministério Público, mostram-se de certa forma, ainda pouco atuantes na defesa de seus interesses ou de seus representados. Por outro lado, não podemos olvidar que o Brasil tem uma história recente de processo democrático, ao sair de uma ditadura militar, que, por quase trinta anos, não permitiu ou quando permitiu, vigiou e controlou muito de perto as atividades associativas e sindicais. Falta, também, uma maior conscientização da sociedade para a defesa dos direitos coletivamente assegurados e um maior aperfeiçoamento da própria sistemática processual coletiva, que, certamente, ganhará impulso a partir da adoção do Código Brasileiro de Processos Coletivos, em processo de gestação.

³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos** (un aspecto de la experiencia brasileña). São Paulo: Saraiva, 1994. Temas de Direito Processual. Quinta série, p. 166.

³⁵ O e.doutrinador CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In. Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: CEDAM, 1976, p. 769, afirma que o Ministério Público é demasiado parecido a um juiz em sua psicologia e educação para ser um paladino de grupos locais, econômicos, religiosos, raciais, segundo descrição de BUJOSA VADELL, L. (1995, p.242-3).

³⁶ VIGORITI, V. (1979), como recorda GODINHO, R. (2005, p. 615, nota 29), demonstra ser contrário à outorga de legitimação ao Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos. Ressalte-se que VIGORITI, na oportunidade, cita de modo equivocado um texto de BARBOSA MOREIRA e também não menciona as mudanças constitucionais e legislativas produzidas no Brasil, em especial no que se refere à disciplina constitucional do Ministério Público brasileiro.

LACP e art. 92 do CDC).³⁷ E, havendo desistência infundada ou abandono da ação por qualquer outro co-legitimado, assumirá a titularidade ativa (art. 5º, § 3º, também da LACP). Destarte, reserva a lei de regência um papel de destaque ao Ministério Público.³⁸

Apesar de todos os dispositivos legais e constitucionais, matéria que ainda causa certa polêmica, embora notemos sensível tendência no sentido da harmonização entre a doutrina³⁹ e a jurisprudên-

³⁷ Trata-se, no caso, de atuação obrigatória do Ministério Público na condição de custos legis. Como bem salienta GRINOVER, Ada Pellegrini. (1995, p.547), o legislador tomou a cautela de exigir a presença do Ministério Público ante os riscos inerentes a toda e qualquer ação coletiva, sobretudo em face do esquema da legitimação concorrente e disjuntiva adotada pela sistemática brasileira. Para citar a possibilidade de ocorrência das seguintes situações: "riscos de colusão entre os sujeitos do processo, de pressões descabidas do autor coletivo, de manobra visando a arrancar vantagens indevidas em troca da desistência ou abandono da causa."

³⁸ Há, contudo, vozes que já se levantam para apontar certa abusividade na utilização da ação civil pública por parte do Ministério Público, à guisa de proteger, quando não é o caso, direitos difusos ou coletivos. Vide TUCCI, Rogério Lauria, *Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In Aspectos polêmicos da ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.355-92.

³⁹ O argumento daqueles que adotam a corrente restritiva está centrado na inconstitucionalidade do Código de Defesa do Consumidor, ao atribuir legitimidade ativa ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos. REALE, Miguel. *Da ação civil pública*. Questões de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 1997, por exemplo, considera que os direitos individuais homogêneos foram indevidamente acrescentados no CDC, posto que a Carta Magna expressamente apenas contempla os direitos difusos e indisponíveis. Na mesma linha de pensamento, MARTINS, I. (1994). Por outro lado, os que não enxergam qualquer problema de constitucionalidade, apontam os artigos 127 e 129, IX, da própria Constituição Federal, o primeiro menciona a defesa dos interesses sociais e o segundo, autoriza o Ministério Público a exercer outras funções compatíveis com sua finalidade. Nesse sentido, afirma GODINHO, R (2005, p. 617), "O fato de o texto constitucional não mencionar expressamente a categoria dos direitos individuais homogêneos não deve impressionar". Para, em consonância com a jurisprudência atual e dominante, sustentar que "a garantia do acesso à justiça também legitima a atuação do Ministério Público, já que existem lesões individuais que possuem relevância social e só recebem a tutela adequada por meio da ação coletiva". Ao comentar o assunto, GRINOVER, Ada Pellegrini. (1995, p.545-6), sustenta que "a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas, na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados." E segue dizendo, "...foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com a sua finalidade (art. 129, IX)". Não podemos concordar, data venia, com a aplicação da regra de interpretação extensiva a que alude a autora, todavia, por constituir a defesa do consumidor um princípio constitucional amplamente difundido e aceito, e, totalmente compatível com os objetivos institucionais traçados pelo art. 127 da CF/1988, cremos que a legitimidade ativa do MP para as ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos encontra-se enquadrada perfeitamente no inciso IX do art. 129 da CF. Ademais, como leciona MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14.ed.,

cia,⁴⁰ diz respeito à legitimação do *parquet* para a propositura de ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos.⁴¹ Hodiernamente, prevalece o entendimento de que, somente em casos de relevância social da lesão sofrida pelo grupo,⁴² a ser aferida em cada caso concreto, justifica a propositura da ação coletiva por parte do Ministério Público.

Imaginemos a seguinte situação: um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores, num determinado espaço de tempo e em várias regiões do país.⁴³ É claro que neste exemplo, cada um dos consumidores ou vítimas poderá exercer o seu direito de defesa e provocar a tutela jurisdicional do Estado, feita na forma comum, com a aplicação da sistemática do Código de Processo Civil. Todavia, com a criação de categoria abrangente de ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais, considerados conjuntamente em face da origem comum, assemelhada à *class action* do sistema norte-americano, considerou o legislador a relação custo/benefício, nomeadamente os ganhos sociais que essa tutela, quando comparada com as ações individuais, pode produzir.⁴⁴

São Paulo: Atlas, 2003, "A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal."

⁴⁰ De acordo com a jurisprudência atualizada do Superior Tribunal de Justiça, instância máxima superior para dizer da lei federal, o Ministério Público está legitimado para defender direitos individuais homogêneos que tenham repercussão no interesse público. (STJ AgRg 590804/RS - DJ 14.08.2006, p.340)

⁴¹ A ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por inspiração das *class actions for damages* do sistema norte-americano, foi consagrada no Código de Defesa do Consumidor (art. 81, III).

⁴² O Ministério Público do Estado de São Paulo, na busca da uniformização de entendimento, emitiu Súmula de Entendimento nº. 7, com o seguinte conteúdo: "O MP está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; e c) que convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social e jurídico."

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. (1995, p.506). Trata-se de exemplo extraído da lição de WATANABE, Kazuo. para demonstrar a homogeneidade dos fatos e a origem comum de seus direitos e interesses.

⁴⁴ Da lição de TEIXEIRA DE SOUZA, M. (2003, p.91-2), acerca da justificação econômica das ações coletivas, destacamos: 1) a tutela coletiva substitui várias ações individuais que implicariam a repetição da apreciação dos mesmos fatos e da produção das mesmas prova, permitindo a distribuição dos custos da tutela coletiva por todos os beneficiários. 2) permite o efetivo acesso à prestação jurisdicional, posto que pode haver situação em que a pequena dimensão dos litígios e os custos da litigância, individualmente considerada, não justificaria a provocação do Estado. Citando o autor como exemplo, o fato de um fabricante de detergentes não respeitar a gramagem indicada no pacote; nesse caso, o pequeno prejuízo sofrido por cada consumidor isolado não levaria a solicitar em juízo a devida indenização; porém, se houver muitos compradores do produto, o prejuízo causado a todos eles é avultado e o lucro do produtor é significativo, tornado a situação, considerada de forma coletiva, face à origem comum, socialmente relevante.

Como dito, o legislador brasileiro reservou um relevante papel ao Ministério Público na tutela dos interesses e direitos coletivos, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O mesmo, no entanto, não se verifica no ordenamento espanhol, a despeito da CE (art. 124) ter estabelecido como missão do Ministério Público “*promover la acción de la justicia em defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interes público tutelado por la ley*”.

Neste particular, como bem afirma Bujosa Vadell: “um primeiro ente público que poderia defender os interesses de grupo, poderia ser o Ministério Público”.⁴⁵ Porém, segundo assegura o n.º autor, ao considerar a realidade em seus país, por sua formação e organização “não pode ser um defensor dinâmico dos interesses de grupo”. De fato, fora dos processos penais, sua intervenção está limitada aos casos supostos fixados especificamente pela lei. Atualmente, o Ministério Público espanhol tem assinalada legitimação ativa somente para a interposição da ação coletiva de cessação (*ex vi* art. 11.4 LEC), tanto para a nulidade de cláusulas como de práticas ilícitas.

Acreditamos, a sério, que o legislador espanhol perdeu, com a edição da LEC/2000, uma excelente oportunidade de investir de legitimação o Ministério Público, como sujeito principal ou no papel de fiscal da lei, para veicular a defesa coletiva.

3.2 A natureza jurídica da legitimação coletiva

O fenômeno da legitimação coletiva, como acabamos de reconhecer, não é tão simples, daí por que os diversos modelos alternativos experimentados no direito comparado e a divergência de entendimentos sobre sua natureza jurídica. Sobre essa questão podemos citar três posições:

- a) os defensores da legitimação extraordinária;
- b) os que defendem uma legitimação ordinária;
- c) os que afirmam tratar-se de uma legitimação autônoma, um *tertium genus*.

Os defensores da chamada “*legitimação extraordinária*” recorrem ao conceito clássico de substituição processual, utilizado por Chiovenda e

⁴⁵ BUJOSA VALDELL, Lourenço Mateo. (1995. p.239). E, de forma corajosa, suscitou dúvida em relação a uma eficaz tutela dos interesses frente a lesões procedentes da atividade do Executivo ou da Administração Pública, ante a excessiva ligação entre os órgãos citados. Contudo, anota (Nota 114, p.244), que se operou, na Espanha, em teoria, um progressivo afastamento em relação ao Poder Executivo, ao recordar que o EOMF estabelece que o Ministério Fiscal está integrado com autonomia funcional no Poder Judiciário. Devemos crer, no entanto, que a situação do Ministério Público espanhol sofreu mudanças ao longo dos anos, bem como sua dependência histórica em relação ao Executivo desapareceu.

que continua a ser empregado por autores modernos.⁴⁶ A Prof. Grinover⁴⁷ é defensora dessa concepção. Vejamos as lições que dela extraímos:

Os entes públicos e associações ao levarem a juízo os interesses coletivos ou difusos não agem por direito próprio, mas sim na qualidade de substitutos processuais.⁴⁸

Aqui se trata inquestionavelmente [ao comentar o art. 91 do CDC, relativo aos direitos individuais homogêneos] de legitimação extraordinária, a título de substituição processual. Não só porque assim afirma o legislador, quando expressamente se refere ao litigar, *em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores*, mas ainda porque, na hipótese, os legitimados à ação não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, como pode ocorrer nas ações em defesa de interesses difusos ou coletivos, mas sim exatamente para a proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos.”⁴⁹

Cabañas García⁵⁰ preferiu denominar de *legitimação indireta representativa*, tanto para o caso de processos em nome da generalidade como

⁴⁶ Esse entendimento, é bom frisar, tem prevalecido na jurisprudência, inclusive nas mais altas Cortes brasileiras, vejamos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO A MENOR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES. (STJ. Recurso Especial 871215/RS Relator Ministro Teori Albino Zavascki. DJ 07/11/2006, p.280).

O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

EMENTA: PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Na ação civil pública, atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de toda a comunidade do Estado de ter assistência médico-hospitalar. (STJ. Recurso Especial 758828/RS Relator Ministra Eliana Calmon. DJ 09/05/2006, p.207).

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Sindicato. Mandado de segurança coletivo. Substituto processual. Legitimidade extraordinária. Ofensa ao art. 5º, XXI e LXX, "b", da CF. Inexistência. Agravo regimental não provido. Precedentes.

Na segurança coletiva, o sindicato tem legitimação extraordinária, atuando como substituto processual, sem necessidade de autorização expressa. (STF. Recurso Extraordinário - AgR 348973/DF. Primeira Turma. Relator Ministro Cezar Peluso. DJ. 28/05/2004, p.1207).

⁴⁷ Compartilham do pensamento de que a legitimidade é extraordinária, entre outros, DINAMARCO, Pedro Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.204; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p.96, assevera que "aquelas pessoas prestigiadas pela lei com a legitimação exercem-na de forma extraordinária, na qualidade de substituto processual (art. 6º do CPC) de forma exclusiva, e concorrente em relação aos demais legitimados."

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. 1998. p.119.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. 1998. p.544.

⁵⁰ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. **Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos** (com jurisprudência associada). Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p.175. Segundo o autor seria um nome usado pela doutrina para diferenciá-la dos supostos típicos de "substituição processual".

de um número concreto ou indeterminado de consumidores. Pensamento não compartilhado por González Cano⁵¹ que, por sua vez, considera como *legitimação extraordinária* apenas aqueles relativos à defesa de interesses gerais de consumidores e usuários (interesses coletivos em sentido estrito), e qualifica de *legitimação representativa* o caso de defesa de direitos e interesses de associados ou de um determinado número de consumidores, por danos derivados do consumo.

Por mais que na doutrina e na jurisprudência brasileiras predomine o entendimento de que a *legitimação é extraordinária*, há doutrinadores que defendem a tese de que se trata de espécie de legitimação ordinária. Este é o entendimento de Mancuso,⁵² segundo o qual:

Interpretando-se o art. 6º do CPC pátrio [do Brasil, naturalmente] em forma liberal, por modo a acomodá-lo à tutela dos *interesses* (legítimos, difusos) e não somente dos direitos subjetivos, chega-se à conclusão de que a legitimação estabelecido (sic) no art. 5º da Lei 7.347/85 em sede de interesses difusos é de tipo *ordinário*, porque daquela exegese sistemática e teleológica resultará que o Ministério Público, os entes políticos, seus órgãos descentralizados e as associações recebem *poder de agir na justiça*, em nome próprio, defendendo interesses que lhe são próprios, embora em termos de co-legitimação (grifos originais).

Tal raciocínio também se aplicaria à legitimação ativa para ação popular, como afirmamos, atribuída, de modo especial e exclusivo, a qualquer cidadão no exercício de seus direitos políticos. Estaria, pois, o autor popular a defender um direito próprio, ainda que não exclusivo.

No que se refere, exclusivamente, à atuação do Ministério Público, há quem defenda, a exemplo de Carneiro,⁵³ que seria uma espécie de *legitimação ordinária*, ao argumento de que estaria defendendo. Segundo sustenta o autor:

Não se trata de substituição processual, pois a atuação do MP se dá nessa hipótese, em nome próprio, defendendo interesse público, *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo. Pouco importa que existem, eventual e reflexamente, interesses patrimoniais de pessoas ou

⁵¹ GONZÁLEZ CANO, Maria Isabel. **La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el Proceso Civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 146-7. Sobre a legitimação representativa entende que quando a entidade defende direitos individuais dos associados é um fenômeno de representação voluntária e não de substituição processual. Pensamos que a figura jurídica da representação não se confunde com a legitimação, posto que o representante não é parte, mas somente uma forma de suprir a incapacidade processual.

⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. 1998, p. 231-2.

⁵³ CARNEIRO, p.23-4, citado por Mendes, A. (2002. p. 243).

grupos, vez que (*sic*) a intervenção do MP não tem por finalidade a defesa desses eventuais direitos patrimoniais, mas antes sua atuação se dá porque o legislador, naquele momento, entendeu que aqueles direitos interessariam diretamente à própria sociedade, politicamente organizada, como verdadeiros direitos sociais.

O art. 11 da nova LEC contempla a legitimação ordinária das associações de consumidores e usuários legalmente constituídas para a defesa dos direitos e interesses patrimoniais, morais etc., da entidade como pessoa jurídica.

Finalmente, há aqueles que defendem a existência de uma *legitimação autônoma* para a condução dos processos em defesa dos interesses difusos e coletivos. Tendo como principais propagadores os consagrados Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery⁵⁴, sob o seguinte embasamento:⁵⁵

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender o direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito (...) A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis)*: a lei elegeu para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.⁵⁶

A nosso sentir, o que a doutrina brasileira chama de *legitimação autônoma para a condução do processo*, Lebre de Freitas⁵⁷ (doutrinador português) denomina de "*legitimação originária específica*", ao lecionar que, quando as associações atuam na defesa dos interesses coletivos e difusos o fazem sob a guarida de uma norma jurídica que lhes atribui legitimação, "*independentemente da radicação dum direito subjectivo material (que não têm) ou dum interesse material, ainda dependente dum interesse principal alheio (que tão-pouco têm)*".

Diante de tantos argumentos, somos levados, mais uma vez, a reforçar a idéia de que o fenômeno jurídico da legitimação é tema tor-

⁵⁴ NERY Jr. Nelson e ANDRADE NERY, Rosa. 2001, p.1.885.

⁵⁵ Vide FREIRE JÚNIOR, A. (2005, p.65-80); MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. (2002, p.243).

⁵⁶ Por outro lado, os mesmos autores admitem que, quando a ação coletiva for para a tutela de direitos individuais homogêneos (CDC 81 par. único, inciso III), haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária.

⁵⁷ LEBRE DE FREITAS, José. 2003, p.19.

mentoso, principalmente quanto à natureza da legitimação pertinente à tutela coletiva. E, sobre o tema, somos adeptos da teoria da *legitimação autônoma* ou *originária específica*, sobretudo, porque não podemos aceitar a idéia de legitimação extraordinária, à exceção da concernente à tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos, conjunto de direitos subjetivos individualizados que, por permissivo legal, passaram a serem tutelados de forma coletiva.

Não se pode afirmar que os legitimados legais (entes políticos, Ministério Público, órgãos estatais e associações) estejam atuando em nome próprio na defesa de interesses jurídicos de outrem, afinal, no aspecto substancial, os titulares de interesses e direitos coletivos *lato sensu* (tanto difuso como coletivo) são indeterminados⁵⁸ e o objeto indivisível. Tampouco defendem interesses que lhes são próprios como sustenta Camargo Mancuso. Estão, em verdade, legitimados à tutela de direitos coletivos através de norma jurídica específica.

3.3 O controle judicial da legitimação coletiva

Os legisladores espanhóis e brasileiros optaram, como visto, por legitimar alguns entes institucionais para a ação. Justamente por conta desse rol taxativo de legitimados (legitimação coletiva *ope legis*) a doutrina, de forma dominante, tem afirmado que a verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador.⁵⁹

Os adeptos dessa teoria apontam como argumentos o fato de que a coisa julgada nas ações coletivas ocorre de forma a tão-somente beneficiar os membros do grupo e jamais para prejudicá-los, bem como que a sistemática processual coletiva brasileira já prevê a participação do Ministério Público como “fiscal da lei”.⁶⁰

⁵⁸ Note-se que, apesar da identificação de segmentos sociais, para os chamados direitos ou interesses coletivos (art. 81, Parágrafo Único, inciso II - “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”), não foi retirado o caráter de indeterminação dos sujeitos, apenas formalmente identificados.

⁵⁹ São representantes dessa corrente, DINAMARCO, Pedro Silva. (2001, p.201-2) e GRINOVER, Ada Pellegrini. (1995, p.103). Esta última lecionava que “o constituinte brasileiro não escolheu o caminho do controle judicial da *representatividade adequada*, satisfazendo-se com o critério da existência legal e da pré-constituição dos corpos intermediários legitimados à ação de segurança”. Mais recentemente, no entanto, passou a admitir, talvez refletindo acerca da proliferação descabida da ação civil pública, principalmente por parte do Ministério Público, o controle judicial da representação adequada, *ex vi* “Ações coletivas ibero-americanas: Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”, Revista Forense, 2002, p.6, conforme anotado por DIDIER JUNIOR, Fredie. (2005).

⁶⁰ Os argumentos são prontamente rechaçados por GIDI, Antonio. (2002, p.63-4), com relação ao primeiro argumento sustenta que, apesar da ocorrência de coisa julgada *secundum eventum litis* das ações coletivas para a defesa de direito coletivos e a não ocorrência de *litispêndencia* em caso de existência de ação individual, a mesma ação coletiva em tutela do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não poderá ser reproposta. Relativamente ao papel do Ministério Público, é ainda mais incisivo, ao

Ao comentar o sistema brasileiro, Payan Martins⁶¹ assevera que “ não sendo reconhecida legitimidade para agir aos cidadãos em geral, ou às pessoas individualmente lesadas, o controle casuístico da representatividade perde importância capital que tem no sistema americano”. O que não deixa de ser verdade, porém, há quem entenda que não basta a previsão legal da legitimação coletiva, admitindo salutar o controle judicial *in concreto* da “representatividade adequada”. Seria, assim, necessário averiguar “o requisito da *relação de pertinência* entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação”.⁶² A chamada “*pertinência temática*” exigida pela Suprema Corte brasileira.

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, muito provavelmente, por inspiração do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América,⁶³ já prevê como requisito da ação civil pública, a “*adequada representatividade do legitimado*” (art. 20).

Na lição de Didier Junior, a análise da representação adequada dá-se em duas fases:

a) *legislativa (ope legis)*: verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo;

b) *judicial (ope iudicis)*, em que o controle se opera *in concreto*, à luz da relação que existe entre aquele que está legalmente legitimado e aquela determinada situação jurídica de direito substancial por ele deduzida em juízo.⁶⁴

chamar de “argumento falacioso”, posto que de nada adianta o *parquet* constatar a inadequação do representante, se ele não puder alertar o juiz sobre o fato e requer a extinção do processo coletivo sem apreciação do mérito. São argumentos ponderosos e que devem ser levados em consideração para confirmar a necessidade de, apesar da inexistência de previsão legal, suscitar a avaliação da adequada representação dos interesses do grupo em juízo.

⁶¹ PAYAN MARTINS, *Class actions em Portugal?*, p. 74. Segundo afirma o autor, seria relativamente diminuto o risco de ações temerárias. A experiência forense, no entanto, tem demonstrado a necessidade da análise *ope iudicis* da representação adequada.

⁶² MORAES, A. 2003, p. 615.

⁶³ O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América é mais específico e aponta, de forma objetiva, os critérios a serem aferidos pelo Juízo na análise da “representatividade adequada”, conforme consta do Parágrafo 2º, a saber: a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos repete os mesmos critérios, na verdade, de idêntica redação, como se vê do Parágrafo 1º do art. 20.

⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. 2005, p. 51. BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. (1995, p. 189) também observa que, no Direito comparado, haveria duas vias de controle do requisito da representação adequada: administrativa ou judicial.

Esse critério de aferição da representação adequada está constituído por dois elementos: a possibilidade de garantir uma vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e a ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo,⁶⁵ a serem avaliados pelo juiz segundo as circunstâncias do caso concreto.

Entendemos que a análise de adequação do representante legal, a despeito da falta de previsão legal, deveria constituir um pré-requisito de admissibilidade do processo coletivo. Afinal, há concordância doutrinária de que a representação adequada é um corolário da garantia do devido processo legal, de forma a assegurar que cada membro do grupo seja ouvido individualmente em juízo.

3.4 A legitimação coletiva passiva

Na legislação processual brasileira e espanhola não há qualquer previsão normativa sobre a legitimação coletiva passiva. Embora, exista previsão expressa no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (arts. 35º a 38º).⁶⁶

A falta de previsão legal para alguns processualistas, dentre eles Pedro Dinamarco, constitui obstáculo intransponível.⁶⁷ Há, no entanto, quem defenda a possibilidade da ação coletiva passiva no Brasil, como Grinover e Pedro Lenza, como citado anteriormente.

Didier Junior,⁶⁸ mesmo antes da criação do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, já apresentava os principais argumentos confirmativos da possibilidade de admissão das ações coletivas passivas no Brasil:

⁶⁵ Nas *class actions* os dois elementos devem ser avaliados, tanto em relação ao representante como em relação ao advogado do grupo (GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas en Estados Unidos**. Direito e Sociedade. Curitiba: jan/jun. 2004, p. 124).

⁶⁶ *Ação coletiva passiva*, segundo definição do próprio Código, é qualquer espécie de ação em desfavor de uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2 do Código, cuja sentença terá qualidade de coisa julgada *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe, desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e se revista de interesse social. DIDIER JUNIOR, Fredie. (2005, p.52), reproduz dois exemplos que tomou emprestados de DINAMARCO, Pedro. (2001, p.134): 1) "ação declaratória, proposta por empresa, para reconhecer a regularidade ambiental do seu projeto: de um lado, se ganhasse, evitaria futura ação coletiva contra ela, de outro, se perdesse, desistiria de implantar o projeto, economizando dinheiro e não prejudicando o meio ambiente"; 2) "ação declaratória, proposta por empresa que se vale de contrato de adesão, com o objetivo de reconhecer a licitude de suas cláusulas contratuais".

⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. (2005, p.53). Essa questão, todavia, será definitivamente solucionada com a introdução do Código Brasileiro de Processos Coletivos, que já contempla expressamente a possibilidade de ajuizamento de ações contra grupo, categoria ou classe (art. 39), nos mesmos moldes do citado Código Modelo, ou seja, desde que proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado.

⁶⁸ *Ibidem*, p.54-5.

a) O art. 5º, § 2º, da Lei federal nº. 7.47/85, permite o ingresso do Poder Público e das associações como litisconsortes de qualquer das partes, inclusive a passiva.

b) A não-observância da convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC) implicará lide coletiva que pode gerar uma demanda judicial em que as entidades de proteção ao consumidor apareçam no pólo passivo.

c) O art. 83 do CDC determina que, para a defesa dos direitos coletivos (*lato sensu*), são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

d) Caso não se admita a ação coletiva passiva, não seria possível explicar a ação rescisória de sentença proposta pelo réu da ação coletiva originária, o mandado de segurança contra ato judicial ou a ação cautelar incidental propostos pelo réu em ação coletiva e os embargos à execução coletiva – todas elas demandas coletivas passivas, já que o legitimado extraordinário coletivo estaria no pólo passivo da demanda, defendendo, em nome próprio, direitos coletivos (*lato sensu*).

e) No âmbito da Justiça do Trabalho, há muito se admitem processos judiciais que tenham por objeto a discussão de convenção coletiva de trabalho (art. 1º da Lei federal nº. 8.984/95). Nessas hipóteses, os sindicatos estarão em pólos opostos defendendo em juízo interesses das suas respectivas categorias.

f) Bem examinadas, as ações de controle concentrado de constitucionalidade são demandas coletivas. Em razão da sua natureza dúplice, apresentam-se como espécies de ações duplamente coletivas – embora não se possa falar, rigorosamente, que haja partes em sentido material nestas hipóteses.

g) Não admitir a ação coletiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretender exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de exceção (defesa), mas não poderia demandar.

Não podemos fugir à realidade. Nas relações travadas na sociedade de massa, “há conflitos de massa e conflitos entre massas”,⁶⁹ daí porque o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, idealizado por quem tem autoridade no assunto, não deixou passar despercebido, fazendo constar, de forma expressa, a possibilidade da ação coletiva passiva, posto que negá-la é negar a própria prestação jurisdicional.

Conclusão

Procuramos responder ao longo deste trabalho à seguinte indagação: *Quem possui legitimidade para agir nas chamadas ações coletivas?* Para tanto, nos propusemos a realizar um processo de investigação, uti-

⁶⁹ Nas exatas palavras de DIDIER JR., *Idem, ibidem*, p.56.

lizando-nos de procedimento histórico-documental e comparativo, em especial nos ordenamentos jurídico-processuais de Espanha e Brasil.

O que nos chamou atenção e se constituiu em verdadeiro assombro foi o fato do termo "*legitimação*", em nenhum momento ter sido utilizado pela LEC de 1881, levando os doutrinadores espanhóis a forçar a letra da lei para sustentar que a legitimação era um dos elementos integrantes do conceito complexo de "personalidade".

Mais interessante ainda é a opção adotada pelo legislador, já na LEC 1/2000, de utilizar a expressão "*legitimação*" apenas ao tratar da legitimidade coletiva para a defesa de direitos e interesses de consumidores e usuários (art. 11), preferindo denominar de "*condición de parte procesal legítima*", ao tratar da legitimação individual, muito provavelmente, por influência do diploma anterior, vigente por tantos anos.

É de se registrar, todavia, o avanço interpretativo do fenômeno jurídico da legitimação, sobretudo a partir da Constituição Espanhola de 1978, como tradução de um conceito estritamente processual; distinto, portanto, do direito material, próprio da definição clássica que confunde legitimação com titularidade do direito. Como, aliás ocorre no direito brasileiro, que permanece fiel ao princípio da obrigatoria coincidência entre os sujeitos da relação jurídico-material controvertida e os sujeitos da relação processual.

Ademais, não foi possível escapar do lugar comum, tornando-se necessário reforçar a idéia de que a legitimação processual, tal como até então pensada, mostra-se insuficiente ao estudo da tutela de interesses e direitos supra-individuais, mesmo diante dos avanços interpretativos sobre o tema.

Em termos de legitimação coletiva, tanto no sistema continental como anglo-saxão, os modelos adotados são reduzidos e, de um modo ou de outro, se repetem, ora de forma isolada ora compartilhada. A legitimação atribuída ao particular, como ocorre nas *class actions* norte-americanas e nas ações populares brasileira e portuguesa, é caso raro. O modelo comum é atribuir a grupos sociais (associações civis, entidades legalmente reconhecidas ou simples grupos de fato) ou a entes políticos e órgãos públicos, em especial, ao Ministério Público.

Aliás, é notória a hegemonia do Ministério Público na propositura das ações civis públicas, talvez em face do histórico recente do processo democrático brasileiro, pouco mais de vinte anos de abertura política, os órgãos de classe e as associações civis ainda são pouco atuantes na defesa de seus interesses ou de seus representados. Por outro lado, constatamos um movimento insurgente, embora ainda tímido, contra o que se denominou de *abusiva utilização da ação civil pública*, principalmente em processos envolvendo direitos individuais homogêneos.

Verificou-se que a atuação do Ministério Público espanhol está praticamente restrita aos processos penais. O *parquet* ainda não assumiu o papel de agente defensor dos interesses de grupo. Foi-lhe assegurada a legitimação ativa somente para o ajuizamento de ação coletiva de cessação, tanto de nulidade de cláusulas como de práticas ilícitas.

De fato, os legisladores espanhóis e brasileiros optaram por legitimar alguns entes institucionais para a ação coletiva. O ordenamento espanhol, em especial, para a proteção exclusiva dos direitos e interesses de consumidores e usuários, deixando de fora outros direitos e interesses de relevância coletiva. O art. 11 LEC revela-se excessivamente restritivo, posto que concentrado basicamente nas associações de consumidores e usuários.

O Brasil, ainda preso à processualística clássica, teve de conceber arrojadas e criativas soluções para avançar para a legitimação coletiva. Acabou o legislador pátrio por atribuir a legitimação, de forma concorrente e disjuntiva, a certos grupos sociais e a órgãos estatais ou pessoas jurídicas de direito público. O grande avanço, realmente, deu-se com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90, art. 82, I a IV), ao acrescentar a legitimação de entes públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pela lei em espécie. Bem como, as associações passaram a ter legitimação ativa pela só autorização estatutária decorrente de seus fins institucionais (inciso IV, do artigo mencionado).

A grande lacuna, realmente, é a falta de permissão para a legitimação individual em defesa dos interesses e direitos supra-individuais, à exceção da ação popular atribuída a qualquer cidadão, brasileiro nato ou naturalizado e a português equiparado. Este equívoco, todavia, será corrigido em breve, pois o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos já contempla a legitimação ativa a qualquer pessoa para o ajuizamento de ação civil pública (art. 21, I).

Persiste, no particular, a hipótese de legitimação concorrente e disjuntiva, ou seja, qualquer dos co-legitimados pode acorrer a juízo separadamente, sem prejuízo, de formação de litisconsórcio ativo facultativo, hipótese impensável na normativa espanhola.

Relativamente à natureza jurídica da legitimação coletiva, concluimos, após análise das posições doutrinárias apresentadas, tratar-se de hipótese de *legitimação autônoma* ou *originária específica*, pois não podemos aceitar a idéia de legitimação extraordinária, à exceção da concernente à tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos, conjunto de direitos subjetivos individualizados que, por permissivo legal, passaram a ser tutelados de forma coletiva.

Não aceitamos a tese de que os legitimados legais atuam em nome próprio na defesa de interesses jurídicos de outrem, afinal, no aspecto substancial, os titulares de interesses e direitos coletivos *lato sensu* (tanto difuso como coletivo) são indeterminados e o objeto indivisível. Tampouco defendem interesses que lhes são próprios.

Quanto à verificação da adequada representação, tem prevalecido a opinião doutrinária de que se trata de tarefa do legislador. Somos de opinião divergente, por entendermos que, apesar da ausência de previsão legal, deve a representatividade ser aferida *ope judicis*, de forma a

garantir uma perfeita tutela dos interesses dos membros do grupo e o afastamento de conflitos de interesses com o grupo. Posição, aliás, contemplada no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que prevê a “adequada representatividade do legitimado”.

O mesmo se diga em relação à legitimação coletiva passiva, também atualmente carente de regulação nos dois ordenamentos jurídicos, porém consagrada no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América.

Concluimos o nosso estudo esperando de alguma forma ter contribuído com a discussão doutrinária sobre o tema, principalmente a partir da sistemática adotada, que buscou traços de comparação entre os ordenamentos jurídicos de Espanha e do Brasil.

Referências

ALMAGRO NOSETE, José. La protección procesal de los intereses difusos en España. **Justicia**, 1983.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v.1.

ARRUDA ALVIM, Thereza. ARRUDA ALVIM, Eduardo; MARINS, James. **O código do consumidor comentado**. 2.ed., São Paulo: RT, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**. Temas de Direito Processual. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos** (un aspecto de la experiencia brasileña). São Paulo: Saraiva, 1994. Temas de Direito Processual. Quinta série.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. Ano 16. jan.-mar. 1991.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**. Ano X. jul.-set. 1985.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**. Ano VII. out.-dez. 1982.

_____. *A ação civil pública e a língua portuguesa*. **Revista do Ministério Público**. nº. 13. jan.-jun. 2001.

BERIZONCE, Roberto, Ada Pellegrini Grinover e Angel Landoni Sosa. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. *In Scientia Iuridica*. **Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. Tomo III, nº. 300 Set/Dez 2004.

BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público**. nº. 13. jan.-jun. 2001.

BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo. **La protección jurisdiccional de los intereses de grupo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.

_____. La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. **Revista Jurídica de Catalunya**, 2001, nº. 4.

- _____. El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América. **Justicia**, 1994, I.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. **Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos** (com jurisprudência asociada). Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- _____. **Comentários prática a la nueva ley de enjuiciamiento civil**. Colección estudios procesales. Madrid: Trivium Editorial, 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. I.
- CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. *In*. **Le azioni a tutela di interessi collettivi**. Padova: CEDAM, 1976.
- CONSTANTINO, Giorgio. Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile. *In* **Le azioni a tutela di interessi collettivi**. Padova: CEDAM, 1976.
- CORDÓN MORENO, Faustino. El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores. **Estudios sobre consumo**. nº. 16, 1989.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). *In* **RDDP**, abr 2005.
- DINAMARCO, Pedro Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. **Manual de Direito Processual Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada**. Processo Civil Coletivo, coordenação de Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GARNICA MARTÍN., Las acciones de grupo en la LEC 1/2000 (I y II), **La Ley**, Numeros 5391 y 5392, 8 y 9 de octubre de 2001.
- GIDI, Antonio. Las acciones colectivas en Estados Unidos. **Direito e Sociedade**. Curitiba: jan/jun. 2004.
- _____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. Ano 27. Outubro-dezembro de 2002.
- GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos**, *in* **Processo civil coletivo**, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp.608-642.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.
- GONZÁLEZ CANO, Maria Isabel. **La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el Proceso Civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- GONZÁLEZ GRANADA, Piedad. **La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. S/ I.:Valentin Cortés Dominguez y Victor Moreno Catena (Cordinadores). Tomo I.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.
- _____. **O processo em evolução**. Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; HIDALGO DE CAVIEDES. **La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales**: colectivos y difusos. Navarra: Aranzi Editorial, 1999.

JIMENO BLUNES, Maria Del Mar. Nuevas perspectivas sobre la legitimación colectiva: el modelo social anglosajón. **Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje**, nº. 3, Tomo XII, Septiembre, Año 2000.

_____. La protección judicial de los consumidores en el ámbito comunitario: el "libro verde" de acceso a la justicia. **Revista de estudios europeos**, nº. 9, enero-abril, 1995.

LEBRE DE FREITAS, José. Acção popular do direito português. In **Revista Sub Judge Justiça e Sociedade**, nº. 24, Coimbra, jan-mar 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. São Paulo: RT, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e legitimação para agir**. 4.ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. In **Revista da Faculdade de Direito**. vV. 96, 2001, p.371-409.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 15.ed. Atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, volume 4. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2002.

MONTERO AROCA, Juan. **La legitimación en el proceso civil**. Estudios de derecho procesal. Madrid: Civitas, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14.ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORELLO, Augusto e Gabriel Stiglitz. **Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos**. La Plata: Platense, 1986.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.

ORTELLS RAMOS, Manuel. **Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Navarra: Editorial Aranzi, 2002.

OTERO, Paulo. A acção popular: configuração e valor no actual Direito português. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 59, p.871-93, Centro Livreiro da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1999.

PÉRES RAGONE, Álvaro J.D. Necesitamos los procesos colectivos? **Revista de Derecho Procesal**. Año 2005, Madrid.

PISANI, Andréa Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario. In **Le azioni a tutela di interessi collettivi**. Padova: CEDAM, 1976, p.263-86.

REALE, Miguel. **Da ação civil pública**. Questões de Direito Público. São Paulo: Saraiva, 1997.

RUIZ ITURRI, Alejandra. **Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Francisco Lledó Yagüe (Director), Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

SILGUERO-ESTAGNAN, Joaquín. Las acciones colectivas de grupo. **Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje**. Tomo XV. nº. 3. septiembre, 2003.

_____. La protección procesal Del interes colectivo de los consumidores. **Estúdios sobre consumo**. nº. 49, 1999.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos**. Lisboa: Lex, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. v.I.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. *In Aspectos polêmicos da ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.355-92.

VIGLIAR, José Marcelo. **Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. Coleção Temas de processo civil. Salvador: Edições Podium, 2005.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire**. Milano: Dott.A.Giuffré Editore, 1979.

VILLAR FUENTES, Isabel Maria. Algunas reflexiones sobre la legitimación para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. **Justicia**, 2001, n.1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 6.ed. São Paulo: RT, 2003. v.1.